

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOANNA MARIA DE ARAÚJO SAMPAIO

COMO LEVAR O STF A SÉRIO: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DE RONALD  
DWORKIN

CURITIBA

2008

JOANNA MARIA DE ARAÚJO SAMPAIO

COMO LEVAR O STF A SÉRIO: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DE RONALD  
DWORKIN

Monografia apresentada como requisito parcial à  
conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências  
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Vera Karam de Chueiri

CURITIBA  
2008

DEDICO  
À Tânia e ao Guilber,  
pelo apoio incondicional.

## AGRADEÇO

À Mestra Vera Karam de Chueiri, pela inestimável orientação.

À Lucianna e à Christina, pelas noites em claro.

Ao Eduardo, pela paciência e incentivo.

À Beatriz, pela cumplicidade.

*Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito.*

Ronald Dworkin, em Uma questão de princípio.

## SUMÁRIO

<b>1 A SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 91: UMA ANÁLISE DE CASO A PARTIR DE RONALD DWORKIN .....</b>	<b>9</b>
1.1 <i>Direito como integridade.....</i>	21
1.2 <i>Decisões anteriores e posteriores (à suspensão de tutela antecipada nº 91).....</i>	26
1.3 <i>A importância da corte para a realização de direitos.....</i>	29
<b>2 REPERCUSSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL PARA O CONSTITUCIONALISMO E PARA A DEMOCRACIA.....</b>	<b>31</b>
2.2 <i>A interpretação constitucional e o ativismo judicial .....</i>	32
2.2.1 <i>Interpretação e intenção.....</i>	34
2.2.2 <i>Hércules x Hermes.....</i>	35
2.3 <i>A tensão entre a democracia e o constitucionalismo .....</i>	37
<b>3 O STF E A CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>41</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>49</b>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a prática judicial constitucional brasileira por meio do estudo de um caso concreto, sob uma perspectiva da teoria de Ronald Dworkin, no tocante a sua compreensão da necessária adoção de uma postura crítico-construtiva (política) pelo judiciário, em oposição ao positivismo jurídico, especialmente o de Hart. Sob esse ponto de vista, é necessária a proteção dos direitos individuais, mediante uma decisão judicial, fundamentada em argumentos de princípios, que seja coerente com a compreensão do direito como integridade. Dessa maneira, a decisão judicial deveria apresentar a melhor resposta, num processo crítico-construtivo de elaboração do direito. Por meio das críticas feitas por Dworkin tanto ao convencionalismo, quanto ao pragmatismo jurídico, e a sua justificação pela adoção da concepção do direito como integridade, será examinada a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para decidir sobre ou acerca das decisões políticas do executivo e legislativo, especialmente no tocante às políticas públicas de governo criadas por esses órgãos.

## INTRODUÇÃO

Quando iniciamos nossa jornada em busca do direito, no primeiro ano da faculdade, ficamos deslumbrados ao folhearmos pela primeira vez nossa Constituição, que nos mostra um sistema jurídico coerente com os princípios fundamentais nela erigidos.

Mas ao chegarmos ao fim dos primeiros cinco anos de nossas jornadas e ao conhecermos melhor a prática desse direito, vemos que a Constituição é constantemente violada - não apenas pelo judiciário, mas por todos os âmbitos de poder de nossa sociedade -, e que os direitos fundamentais, tão absolutos no papel, são muito relativos na prática. Isso nos faz acreditar ser verdadeiro o famoso ditado popular: “na prática a teoria é outra”. O recorrente desrespeito pelos princípios mais fundamentais do nosso ordenamento jurídico nos torna céticos quanto à existência de um direito para além da legalidade.

Por isso a opção de estudar a teoria de Ronald Dworkin. Dworkin resgata o desejo de mudar a sociedade por meio de um direito que não se resume na legalidade, pois também possui uma dimensão moral e política. Mostra-nos que a aplicação do direito não é neutra ou apolítica. Os juízes não estão alheios ao processo de criação do direito, toda vez que o aplicam o constróem. Essa permanente construção do direito deveria ser realizada de maneira a melhor adequá-lo aos princípios constitucionais, numa perspectiva passada, presente e futura.

Essa postura política do judiciário não permite que o juiz tome uma atitude passiva ao ver um direito ser violado. Os direitos devem ser levados a sério, na medida em que apenas garantindo direitos morais mínimos aos cidadãos de uma nação a coerção do direito se torna válida e o suposto Estado Democrático de Direito em que vivemos pode assim ser chamado.

Isso não quer dizer que o judiciário possa tomar o papel do legislador e tomar decisões sobre o melhor interesse da sociedade. Ao contrário, por não ser um órgão democrático – eleito pelo povo, não vitalício e responsável pelos seus atos – o judiciário apenas é legitimado para decidir de maneira a proteger os direitos individuais e sociais garantidos pela nossa Constituição.



É a defesa de uma prática jurisprudencial que efetivamente leve os direitos à sério que nos encanta em Ronald Dworkin, pois coloca os princípios como fundamentais para a decisão de um caso concreto. Essa fundamentalidade dos princípios torna a prática coerente com a teoria, pois cumpre com a exigência constitucional de garantia de direitos fundamentais mínimos para a caracterização de um Estado Democrático de Direito.

Sem pretensões de igualar a prática constitucional norte-americana com a nossa, a teoria de Dworkin não só permite, como pressupõe, que seja analisada diferentemente de acordo com as distintas sociedades. Por pressupor um processo de conhecimento crítico-constructivo, segundo o qual construímos os significados de maneira a melhor se adaptarem à nossa realidade social e individual, sua teoria é aberta a alterações que a torne mais coerente com a cultura e história de uma sociedade.

Assim como a opção pelo estudo da teoria de Dworkin não foi casual, o estudo de um caso específico igualmente não o foi. Optar pela análise de um caso que é tratado de várias maneiras pela jurisprudência e que envolve princípios constitucionais é estudar como, segundo a perspectiva da teoria de Dworkin, os direitos podem ser levados a sério não apenas no papel, mas principalmente na prática.

## **1 A suspensão de tutela antecipada nº 91: uma análise de caso a partir de Ronald Dworkin**

O caso objeto de análise da presente monografia inicia com a propositura de ação civil pública contra o Estado de Alagoas para que este fornecesse o tratamento necessário para pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados.

Em primeira instância foi concedida liminar determinando ao Estado o imediato fornecimento dos necessários medicamentos aos pacientes. O Estado recorreu da decisão, mas o Tribunal de Justiça de Alagoas não suspendeu a liminar. O recurso subiu ao STJ que verificou a existência de matéria constitucional, encaminhando o recurso ao STF.

Nessa corte, o Estado de Alagoas alegou que a liminar geraria uma grave lesão à economia pública, pois o Estado não poderia ser obrigado a fornecer outros medicamentos além daqueles relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo. Ainda alegou a existência de grave lesão à ordem pública, pois o fornecimento de mais medicamentos que os previstos no referido programa inviabilizariam o fornecimento desses pelo Estado.

A Ministra Ellen Gracie, presidente do STF à época, ao contrário da jurisprudência dominante – que vem admitindo a concessão de medicamentos em casos de violação do direito individual à saúde –, suspendeu a tutela antecipada, sob o fundamento de que pelo direito à saúde previsto na Constituição, o Estado deveria apresentar políticas públicas que atendessem a todos e não a apenas uma minoria<sup>1</sup>:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Íntegra da decisão disponível em anexo.

<sup>2</sup> STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007.

Sob o ponto de vista da teoria da decisão judicial de Dworkin, a decisão da Ministra seria baseada em um argumento de política (policy), pois prefere uma promessa de bem comum à garantia do direito individual. Isto é, ao invés de recorrer à uma norma (princípio), cuja observância é uma questão de justiça, equidade ou qualquer outra dimensão da moral, a Ministra preferiu fundamentar sua decisão, relativamente à demanda por medicamentos de pacientes renais crônicos em hemodiálise ou transplantados, em uma norma (diretriz política), cuja observância é uma questão das possíveis vantagens (políticas, sociais e econômicas) que a sociedade, em geral, possa aferir.

Trata-se, pois, de um caso controverso. Dworkin denomina de casos controversos aqueles que o juiz não conseguiria resolver por uma simples aplicação da lei, isto é, pela mera subsunção do fato concreto à norma geral e abstrata. Seriam “os casos em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a favor de qualquer uma das partes”<sup>3</sup>. Em tais casos, para se chegar à “melhor resposta” há que se partir da distinção proposta por Dworkin entre princípios e (diretrizes) políticas tendo em vista que, mais coerente e consistente será a decisão para sustentar uma pretensão de direitos fundamentais, se baseada em princípios.

Para Dworkin, a prática judicial está associada a uma dimensão moral<sup>4</sup>. Entretanto, direito e moral são diferentes e se sustentam em bases distintas. A presença de conteúdos morais no direito não significa uma moralização do direito.<sup>5</sup> Significa, sim, que o direito não pode ser neutro tanto em relação à moral quanto em relação à política e, conforme afirma Habermas, não basta que seu procedimento de normatização seja legal para que ele se torne legítimo<sup>6</sup>. O direito só pode ser considerado válido enquanto for moralmente justificado, ou seja, se baseie em

---

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 10.

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3 – 4.

<sup>5</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Before the law: philosophie and literature*. Michigan: Proquest, UMI, 2006, p. 181.

<sup>6</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2ªed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 257.

princípios, sendo o principal o da igualdade - segundo o qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração.<sup>7</sup>

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais<sup>8</sup>.

Dworkin afirma que “nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e reivindique fidelidade”<sup>9</sup>. A igualdade seria dividida em dois princípios: o princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial. O primeiro demandaria do governo uma adoção de leis e políticas que garantam que o destino dos cidadãos seja independente de quem eles sejam, de onde e sob que circunstâncias tenham nascido. O segundo exige que o governo respeite as opções de vida que os cidadãos fizerem, de acordo com a responsabilidade de cada um de reger sua própria vida.<sup>10</sup> Assim, a sua idéia de igualdade não dispensa a idéia de individualidade, mas a integra, visto que o princípio da igualdade também abrange o igual respeito a todos os diferentes modos de vida.

Dworkin compromete a política com a moral na medida em que não acredita na existência de um contrato social original que deve nortear a atuação dos governantes. Para o autor, estes devem ter sua atuação política baseada em padrões éticos.<sup>11</sup> O dever de igual consideração que os governantes devem ter ao criar as leis e elaborarem políticas públicas não deriva de um acordo ou consenso social, mas de valores éticos. Os governantes possuem liberdade para formular as leis e as políticas que acharem melhor para a sociedade, desde que não

<sup>7</sup> BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 260.

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de...*, p. 101.

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana...*, p. XVI – XVII.

<sup>11</sup> GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 1991, p. 7.

desrespeitem os princípios formulados pela moral social, em especial o da igual consideração por todos os cidadãos.<sup>12</sup>

Esse comprometimento da política com a moral gera uma conseqüente politização do judiciário. Para Dworkin, os cidadãos possuem direitos individuais que devem ser preservados, independente do que os órgãos democráticos – não vitalícios e responsáveis por seus atos – acharem ser do interesse da sociedade. E ao poder judiciário é dado aplicar o direito no sentido da efetivação de tais direitos. Neste sentido ele age moral e politicamente.

Dworkin afirma existirem duas concepções de Estado Democrático de Direito: a “centrada no texto legal” e a “centrada nos direitos”<sup>13</sup>.

A concepção centrada no texto legal admite que o Estado Democrático de Direito, para ser considerado como tal, deve assegurar aos seus cidadãos apenas os direitos expressamente previstos em lei. Assim, os juízes não deveriam decidir questões políticas, os direitos só deveriam ser garantidos se estiverem expressamente previstos na lei. O judiciário deveria fazer a seguinte pergunta: “qual a vontade do parlamento ao aprovar essa lei?” e não “o que o parlamento deveria ter feito?”.

Para a concepção centrada no texto legal, o juiz deveria tomar uma decisão perante os casos controversos de acordo com algumas “chaves” interpretativas, que lhe permitiria determinar a vontade do parlamento. A primeira é a semântica, segundo a qual deve-se analisar qual a maior probabilidade da palavra ou termo que suscita dúvida ser utilizada para expressar determinada intenção. Ocorre que muitas vezes a palavra não expressa nenhuma decisão para o caso controverso.

A segunda é a de psicologia de grupo, que analisa declarações periféricas à lei, tais como audiências legislativas. No caso dos legisladores não terem pretendido responder a um caso específico, buscar-se-ia descobrir a intenção do parlamento se ele fosse obrigado a decidir a questão. Mas qual seria o alcance desse método? Cartas ou conversas informais, por exemplo, seriam aceitas para formar a “provável” decisão? Essa “criação” de uma vontade latente do parlamento seria mais democrática do que uma decisão judicial interpretativa de acordo com os princípios?

Dworkin afirma que:

---

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana...*, p. XIV – XV.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de...*, p. 6.

Quando um juiz indaga o que os legisladores devem ter pretendido realizar, ele quer perguntar que políticas ou princípios ajustam-se mais naturalmente à lei que aprovaram. Quando indaga o que teriam feito se lhes exigissem que respondessem à pergunta que têm diante de si, quer perguntar que respostas decorrem das políticas ou princípios que se ajustam mais naturalmente à lei que aprovaram. Nenhuma questão é realmente psicológica ou histórica; todas colocam a mesma pergunta básica numa roupagem psicológica ou histórica<sup>14</sup>

Já para a concepção centrada nos direitos, para ser considerado como tal, o Estado Democrático de Direito não pode assegurar apenas os direitos prescritos nas leis. Por essa compreensão, o Estado Democrático de Direito deve assegurar igualmente os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos políticos que eles possuem perante o Estado. A lei deve proteger e aplicar tais direitos, mas se não o fizer, isso não impedirá deles serem impostos pelo Poder Judiciário em relação aos cidadãos individuais,

pois o ideal da prestação jurisdicional, no modelo centrado nos direitos, é de que, na medida em que isso é praticável, os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal<sup>15</sup>.

Essa imposição pelo judiciário não seria arbitrária. As leis representam “as tentativas da comunidade para captar direitos morais e requer que qualquer princípio rejeitado nessas tentativas não tenha nenhum papel na prestação jurisdicional”<sup>16</sup>.

Dworkin refuta as críticas aduzidas à essa imposição de direitos morais e políticos pelo Judiciário. O autor afirma que o Judiciário possui importante papel na defesa dos direitos das minorias, pois sofre menos pressões que os legisladores. Os legisladores sofrem pressões de grupos políticos fortes que podem impor sua vontade em detrimento de direitos individuais. Assim, “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”<sup>17</sup>.

Alguns também objetam que os juízes não podem fazer julgamentos políticos, pois isso levaria à uma desordem social, uma vez que não há mecanismos

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de...*, p. 24 – 25.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de...*, p. 15.

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de...*, p. 16.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de...*, p. 27.

de responsabilização do judiciário contra decisões impopulares. Assim, os cidadãos julgariam como ilegítimas as decisões proferidas pelos tribunais.

Todavia, para Dworkin, nos Estados Unidos,

uma mudança na posição do Supremo Tribunal quanto à interpretação constitucional há algumas décadas – um deslocamento da confiança nos argumentos históricos para os argumentos políticos – não foi acompanhada por nenhuma perda séria no respeito do público pelas decisões do tribunal, tal como avaliada pela disposição do público a aquiescer<sup>18</sup>.

O mesmo ocorre no Brasil, visto que a sociedade vem se adaptando a essa posição mais ativa ao resguardar os direitos individuais.

Por fim, Dworkin afirma que uma decisão política judicial no sentido de garantir direitos individuais não feriria a equidade. Pode-se questionar que uma postura política do judiciário diminuiria a igualdade de poder político dos cidadãos, pois estes elegem os legisladores que os representarão e não os juízes. Ocorre que, numa sociedade, os cidadãos não possuem uma verdadeira igualdade de poder político, há sempre grupos privilegiados que possuem maior influência sobre o legislativo. Por isso, a defesa de direitos mínimos individuais pode auxiliar para uma maior igualdade de poder político, na medida em que o judiciário não é tão influenciado pelos grupos dominantes como o legislativo.

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder políticos, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas<sup>19</sup>.

Dworkin adota então a concepção de Estado Democrático de Direito centrada nos direitos, sendo assim o judiciário não pode estar alheio ao trabalho político da sociedade. A efetividade dos direitos morais apenas se inicia com a elaboração das regras pelo executivo e pelo legislativo, é a atuação do judiciário que irá efetivar os direitos morais nos casos concretos. As regras gerais e abstratas necessitam ser aplicadas ao caso concreto, por isso os trabalhos de aplicação e de criação de regras e de políticas públicas são complementares. Não obstante serem complementares, deverão ser fundamentados diferentemente.

---

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de...*, p. 30.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de...*, p. 32.

No mesmo sentido, Klaus Günther discorre sobre a diferença entre os discursos de aplicação (próprios do judiciário) e de justificação (próprios do legislativo e executivo), estes para se adequarem à moral social devem se manter afastados das particularidades concretas; já aqueles devem analisar essas mesmas particularidades para manterem morais as regras gerais e abstratas<sup>20</sup>.

Günther analisa a relação entre moral e direito. Segundo o autor, a moral da sociedade seria responsável pela validade das normas. Mas essa moral necessita ser aplicada, visto que durante o processo de escolha dos valores adotados, os participantes do discurso público possuem conhecimento e tempo limitados, não conseguindo prever todas as hipóteses de aplicação de suas normas. Por isso, Günther diferencia os argumentos de justificação dos argumentos de aplicação.

Os argumentos de justificação seriam regidos pela universalidade, a qual pressupõe a imparcialidade tanto quanto às pessoas, quanto aos procedimentos. As normas devem ser justificadas pela universalidade, segundo a qual a sociedade proclama por meio do discurso público, de maneira imparcial, os seus valores e desejos. Nesse aspecto, há uma intensa relação entre o pensamento de Günther e o de Dworkin, na medida em que este afirma que os argumentos de política devem representar os valores da comunidade política com igual respeito e consideração.<sup>21</sup>

Já os argumentos de aplicação seriam regidos pela coerência, de maneira a efetivar a imparcialidade. A aplicação só será imparcial quando for coerente, isto é, se adequar a todas as características de uma situação, de maneira a tratar igualmente casos iguais, tendo em vista não apenas a norma isolada, mas a pluralidade de situações que gravitam ao seu redor. Igualmente nesse aspecto, há semelhança com o pensamento de Dworkin em relação aos argumentos de princípios. Para Dworkin, também existe a necessidade do juiz, ao aplicar o caso concreto, se mostrar coerente não apenas em relação às normas do sistema jurídico, mas essencialmente em relação aos princípios erigidos pela comunidade política.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> CARVALHO, Jaqueline Grossi Fernandes. Entrevista com Menelick de Carvalho Netto. *Revista do Tribunal de Contas – MG*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas/MG, v. 65, n. 4, out/dez. 2007, p.10.

<sup>21</sup> GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 412.

<sup>22</sup> GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação...*, p. 414.



Então, pela própria natureza da sua decisão, os juízes deverão sempre se valer de argumentos de princípios. Nesse aspecto sua teoria se diferencia do positivismo jurídico, em especial do positivismo de Hart. Para Dworkin, não basta que as decisões judiciais analisem qual regra é aplicada a cada caso, os princípios são igualmente normas e devem ser sempre respeitados. Essa importância que Dworkin confere aos princípios irá influenciar na sua teoria da decisão nos casos controversos, vez que, frente a um desses casos, o juiz não terá discricionariedade para decidir da melhor maneira, isto é, criar o direito.

Conforme a sua teoria da resposta certa, toda questão possui uma resposta, devendo ela ser descoberta de maneira coerente, pela escolha do princípio aplicável ao caso. Segundo Dworkin, nos casos controversos o juiz sempre deverá dar uma resposta certa: a melhor possível. O juiz ao decidir o caso controverso, deverá interpretar os argumentos apresentados, levando em consideração não só as regras e os precedentes, mas também os padrões morais da sociedade e os seus próprios.

Para Dworkin a prática judicial deve conceber o direito como cadeia (*the chain of Law*), segundo o qual o direito deve ser analisado em seu passado, presente e futuro, numa interpretação crítico-constructiva, como se fosse uma narrativa, na qual a cada decisão construída fosse incorporado um pedaço da história jurídica. Essa concepção do direito como cadeia está inserida na proposta política de Dworkin, de coerência da prática judicial com os princípios, visto esses serem também normas, pois atuam como norteadores de comportamento. O juiz ao analisar a questão irá analisar o ordenamento como um todo, incluindo suas expectativas morais e principalmente a expectativa moral da comunidade.<sup>23</sup>

Ressalte-se, entretanto, que por invocar princípios morais Dworkin não pode ser identificado como um representante do pensamento jusnaturalista clássico. Afinal, da sua postura antipositivista não decorre um compromisso jusnaturalista com uma moral objetiva que pressupõe a existência de princípios universais e inalteráveis que devem apenas ser descobertos pela razão humana. Os princípios morais não resultam de um processo 'contemplativo', mas, ao contrário, de um processo 'constructivo'. Com efeito, Dworkin supõe que a argumentação moral constrói historicamente princípios capazes de justificar as instituições da sociedade, em função dos seus próprios conteúdos e de sua força argumentativa.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*, p. 261.

<sup>24</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, 3ª ed, p. 187.

Segundo Dworkin, o direito se constitui por normas, das quais se destacam os princípios - exigências morais que devem vincular tanto o legislativo quanto o judiciário. Para o autor, diferentemente do positivismo jurídico de Hart, o direito não pode ser reduzido a regras, pois estas não encerram o debate sobre a efetivação do direito, apenas a iniciam já que, por seu caráter geral e abstrato, elas não conseguiriam regular a sua própria aplicação. O aplicador do direito possui uma função distinta do legislador, na medida em que irá promover a concretude das regras, analisando-as frente ao caso real.

No tocante aos casos controversos, para o positivismo jurídico de Hart, existiriam áreas no direito nas quais o legislativo não conseguiria regular de maneira a esgotar as hipóteses da realidade (“textura aberta do direito”<sup>25</sup>). Nesses casos, ficaria a cargo do judiciário decidir da melhor maneira, discricionariamente. Assim, o juiz nos casos controversos deveria “criar o direito” e aplicá-lo retroativamente ao caso. Essa resposta do positivismo jurídico de Hart para o método de decisão judicial nos casos controversos é questionada por Dworkin.

Ao elaborar o conceito de textura aberta do direito, Hart se distancia do positivismo clássico, pois admite que o direito não é um sistema fechado<sup>26</sup>, já que existiriam situações que o legislativo não conseguiria determinar ou mesmo prever. Apesar dessa abertura, seu conceito de direito continua arraigado à noção de regra jurídica.

Para Hart, as regras jurídicas seriam divididas em primárias e secundárias. As primárias seriam aquelas que exigiriam uma ação ou abstenção dos indivíduos. Já as secundárias permitiriam que os indivíduos criassem, modificassem ou extinguissem regras. Assim, enquanto àquelas imporiam deveres, estas atribuiriam poderes aos indivíduos.<sup>27</sup>

As regras secundárias seriam divididas em três, de acordo com a sua qualidade de solucionar os defeitos das regras primárias. As regras de reconhecimento irão resolver o problema da incerteza das regras primárias - de qual

---

<sup>25</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 148.

<sup>26</sup> KOZICKI, KÁTYA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997, p. 146.

<sup>27</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito...*, p. 91.

regra seria aplicável ao caso ou quando não houver uma regra aplicável -, assim, seriam responsáveis por conferir validade às regras jurídicas.<sup>28</sup> As regras de alteração irão resolver o defeito da estática das regras primárias, por meio da atribuição de poderes a um indivíduo ou órgão para introduzir novas regras ou eliminar as antigas. E finalmente as regras de julgamento seriam capazes de remediar a ineficácia das regras primárias, por meio da identificação dos indivíduos que deverão julgar um caso e o processo a ser seguido.<sup>29</sup>

A redução do direito a esse sistema de regras limita a concepção de direito de Hart, impedindo que o direito abarque outras realidades que escapem a esse sistema. Por isso, mesmo Hart admitindo que exista uma textura aberta no direito - isto é, que existem situações que não se enquadrem a esse sistema - sua concepção ainda simplifica muito a realidade. Não obstante, sua teoria apresenta contradições, provenientes do confronto entre sistema de regras e textura aberta.

Parece estranho que o positivismo jurídico, inclusive o de Hart - o qual limita a decisão judicial à simples aplicação das regras -, possa permitir uma atuação discricionária do juiz, aceitando que ele, em certos casos, decida como entender melhor. Mas a idéia positivista de reduzir o direito às regras, sendo que os direitos individuais seriam apenas *backgroundrights* para a aplicação das mesmas, resultaria em dois resultados distintos. Por um lado o juiz deve simplesmente aplicar a lei ao caso, sem maiores questionamentos, por outro, em caso de uma lacuna na lei, o juiz deverá “descobrir” (discricionariamente) o direito aplicável ao caso.

Esta visão simplista e estreita da maioria dos teóricos penetra no imaginário popular, explicando a visão do leigo que reduz o direito à fidelidade à lei. Neste sentido, os juízes devem, pois, *seguir a lei*, do contrário eles serão maus juízes, *inimigos da democracia*. Este mesmo apelo pode vir pela contramão, sendo bom juiz aquele que vira as costas à lei e age *politicamente* no sentido da promoção da justiça social. Da estirpe positivista emerge, necessariamente, uma visão conservadora do direito quer pela mão ou contramão, uma vez que ambas reduzem à fidelidade à lei.<sup>30</sup>

Dworkin refuta essa idéia, pois para ele o direito não seria um sistema fechado de regras. O autor adota um sistema aberto de regras, dessa maneira, o

<sup>28</sup> KOZICKI, KÁTYA. O positivismo jurídico de..., p. 142.

<sup>29</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito...*, p. 104 - 106.

<sup>30</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995, p. 90.

direito permitiria a possibilidade de criticá-lo internamente, pois os direitos morais sairiam do seu exílio como *backgroundrights* e passariam a influenciar a interpretação das regras, inclusive para a solução dos casos difíceis.<sup>31</sup>

Assim, o juiz não precisaria criar um direito para decidir um caso difícil, ele poderia alcançar a *resposta certa* para o caso<sup>32</sup>, de maneira que a sua resposta seja a mais coerente com os princípios constitucionais, o que afirma sua característica institucional e não de *backgroundrights*<sup>33</sup>.

Dessa maneira, Dworkin esclarece que os juízes não podem se esquivar de tomar decisões para as quais não exista uma regra clara, mas as suas decisões não podem ser arbitrárias, isto é, elas não podem ser tomadas sem um fundamento previsto pelo ordenamento, especialmente se este fundamento for um argumento de política, pois este só seria admitido para fundamentar as decisões dos órgãos legitimados democraticamente – não vitalícios e responsáveis perante a coletividade por seus atos. Para se tornar legítima ela deverá ser fundamentada num argumento de princípio.

Para Dworkin, os argumentos de política e de princípio se distinguem da seguinte maneira: os argumentos de política justificam a decisão mostrando que ela protegeria um objetivo coletivo, da comunidade inteira, já os argumentos de princípio mostram que a decisão protege um direito individual ou de um grupo específico.<sup>34</sup> Os princípios descreveriam direitos enquanto as políticas descreveriam objetivos. O objetivo político seria uma “justificação política genérica”<sup>35</sup>, já o direito seria o objetivo individualizado.

A decisão da Ministra Ellen Gracie, foi no sentido de que o direito individual à saúde não deveria ser protegido em prejuízo do direito coletivo à saúde. Então, de acordo com Dworkin, seu argumento seria de política, pois sua decisão protegeria

---

<sup>31</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade...*, p. 86.

<sup>32</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico – ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: Leonel Severo Rocha (Org.) *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997, p. 173.

<sup>33</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade...*, p. 81.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 142.

um objetivo coletivo e não um direito individual. Nesse aspecto, a decisão da Ministra não se coaduna com o entendimento de Hart, pois sua decisão não é arbitrária, ela não decide de maneira a “criar um direito” da melhor forma possível, ela se baseia num argumento político. Assim, se filia ao entendimento pragmático, segundo o qual o juiz deve sempre decidir de modo à melhor atender aos interesses da coletividade.

Assim, visando atender aos interesses da coletividade, podemos notar que a Ministra se vale de um argumento econômico ao afirmar que o direito de muitos não pode ser prejudicado pelo direito de um indivíduo. Para Dworkin, os argumentos econômicos caracterizam não só uma adoção de políticas como também ferem a igualdade:

(...) o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.<sup>36</sup>

Dworkin afirma que existem diferentes maneiras de interpretar abstratamente a prática jurídica. Ele as divide em três concepções de direito: o convencionalismo, o pragmatismo jurídico e o direito como integridade.<sup>37</sup>

O convencionalismo acredita que a prática jurídica é uma questão apenas de aplicar as convenções jurídicas, que seriam as convenções sociais, as quais garantiriam à constituição, à lei e aos precedentes judiciais uma posição impositiva. Para essa concepção, nos casos difíceis, em que nenhuma convenção se enquadre ao caso, os juízes deveriam decidir da melhor forma possível, isto é, discricionariamente, utilizando padrões extrajurídicos. Assim, o juiz criaria um novo direito, que se transformaria num precedente, isto é, adquirindo poder coercitivo<sup>38</sup>.

Excetuando-se essa hipótese de discricionariedade para a decisão de um caso difícil, a atividade dos juízes é totalmente vinculada. Se existe uma decisão aprovada por uma convenção, o juiz deve acatá-la, mesmo que acredite que ela

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 154.

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 118.

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 143 - 145.

violaria os princípios jurídicos, já que estes só adentrariam o direito se fossem protegidos por uma convenção.

Dessa maneira, o convencionalismo procura encontrar o equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade. Quando a convenção for clara e explícita, o juiz deverá aplicá-la totalmente, privilegiando a previsibilidade. Já quando a convenção for omissa ou implícita, o juiz irá privilegiar a flexibilidade decidindo como achar melhor.<sup>39</sup>

O pragmatismo se opõe a esse equilíbrio da maneira pregada pelo convencionalismo. Para o pragmatismo, os indivíduos não têm direito a nada, o juiz deverá analisar que decisão será melhor para a coletividade. Se privilegiar a previsibilidade for o melhor para toda a comunidade, a convenção deverá ser adotada, mas se outro entendimento for mais proveitoso para a comunidade que a garantia da previsibilidade, este entendimento deve ser adotado, independente da convenção.

Apesar de parecer mais imprevisível que o convencionalismo, o pragmatismo, nos casos difíceis pode oferecer mais segurança, pois estes não serão decididos discricionariamente pelo juiz. Isso ocorre porque pelo pragmatismo, o juiz deverá sempre buscar a solução que mais se ajustaria ao interesse público. Assim esta fixação de uma linha de pensamento a ser seguida pelo juiz, torna as decisões pragmáticas nos casos controversos mais fáceis de serem previstas que as convencionais.

O pragmatismo, em comparação com o convencionalismo, é uma posição que explica melhor a prática jurisprudencial americana, mas ele não reconhece os princípios como fundamentais à atividade jurisdicional. Dworkin refuta o pragmatismo e explica a sua concepção do direito como integridade.

### 1.1 Direito como integridade

Para compreender melhor a teoria da decisão de Dworkin se faz necessário analisar o significado da sua concepção de direito como integridade.

---

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 179.

A integridade política de Dworkin se divide em dois princípios: o legislativo, que consiste na exigência de que as leis sejam, na medida do possível, coerentes com a moral da comunidade; e o jurisdicional, que consiste na exigência de que as decisões judiciais tentem analisar as leis como sendo moralmente coerentes.

Os pragmáticos contestam a integridade política, pois, para eles, a comunidade não seria uma entidade distinta, com uma vontade própria. Mas Dworkin afirma que a integridade não pressupõe uma entidade distinta de seus cidadãos, ao contrário, pressupõe uma interligação entre os cidadãos e a comunidade.

A integridade realiza uma interpenetração entre o público e o privado. As leis não são apenas acordos entre os cidadãos para alcançarem uma experiência social pacífica. As leis devem representar a moralidade compartilhada entre os membros de uma comunidade. Assim, a legitimidade política, a possibilidade de um direito coercitivo, derivaria de uma fidelidade dos cidadãos aos princípios da comunidade, que seriam representativos de seus padrões morais.<sup>40</sup>

Dworkin relaciona a integridade com a fraternidade almejada pela revolução francesa. Ele afirma que o dever de respeitar as leis é proveniente de uma fraternidade social semelhante à de uma família ou grupo de amigos. Essa comunidade, regida pelo ideal de fraternidade, seria a comunidade de princípios.

A comunidade de princípios é uma comunidade moralmente plural, ou seja, ela procura uma integridade entre os diversos valores morais, respeitando igualmente a moral de todos os cidadãos. Ela adota um compromisso com os seus princípios e os manifesta na elaboração das políticas por meio da legislação e na sua aplicação pelo judiciário nas decisões judiciais.

Dworkin ressalta que a integridade, por ser um valor independente da justiça e da equidade, não exige que as concepções da comunidade sejam efetivamente justas e equitativas, ela apenas fornece uma justificação política, unindo-a com a moral da comunidade.<sup>41</sup>

Analisando a integridade do ponto de vista jurisdicional, da aplicação das decisões políticas, os juízes deveriam interpretar o direito como sendo criado por um

---

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 230.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 257.



único ator, a “comunidade personificada”<sup>42</sup>. Este autor construiria o direito com base em uma noção própria e coerente de justiça e equidade. Dessa forma, não bastaria analisar o direito como um processo histórico, ou apenas contemporâneo. É necessário interpretá-lo de maneira que a história jurídica seja coerente com o presente e com o futuro:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes, incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.<sup>43</sup>

Para compreender a sua teoria do direito como integridade, Dworkin faz uma analogia com o processo de criação literária. Para ele o direito como integridade pode ser exemplificado por um romance em cadeia, no qual vários autores escrevem um romance em conjunto. O romance deve ficar o mais coerente possível e os autores devem pensar em qual interpretação daria maior significado tanto ao que já foi escrito, quanto ao que será escrito. Portanto, ao continuar a “obra” do autor anterior, o autor atual deverá analisar toda a história do romance e escrever de maneira a possibilitar que as aspirações da obra possam ser melhor escritas no futuro. Com isso Dworkin mostra que não se pode escrever um romance sem esquecer do caminho trilhado no passado, mas se não se perceber os seus objetivos futuros ele poderá tomar outros rumos.

Mesmo admitindo que tal romance provavelmente ficará ruim, Dworkin afirma que, apesar de terem essa consciência, o dever dos autores é escrevê-lo da melhor maneira possível, devendo o romance possuir ao menos um mínimo de coerência. Isto é, deve ser guiado por uma série de princípios que permearão a obra.

Os juízes ao decidirem um caso deverão decidi-lo de maneira equânime, os princípios deverão ser aplicados para a solução de todos os casos igualmente. Mas isso não quer dizer que os juízes devam se fechar nos precedentes, suas decisões

---

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 271 - 272.

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 274.



devem se adequar aos princípios do ordenamento: “O direito como integridade não se limita ao conteúdo explícito das decisões coletivas passadas, mas reclama os princípios que a elas se ajustam e as justificam”<sup>44</sup>.

Diferente do convencionalismo, os juízes, nos casos difíceis, não irão decidir discricionariamente, da maneira que entenderem melhor. A decisão judicial será limitada estruturalmente pelo sistema de princípios, mas estes não podem ser vistos de maneira estática. O juiz “deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir.”<sup>45</sup>.

Dworkin afirma que o direito como integridade não fornece respostas às questões. Nem mesmo as respostas de Hércules (juiz criado por Dworkin com capacidades sobre-humanas e que acredita no direito como integridade) seriam as verdadeiras de acordo com o conceito de integridade:

Mas o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele às perguntas colocadas por essa concepção de direito. (...) Se você rejeitar esses pontos de vista distintos por considerá-los pobres enquanto interpretações construtivas da prática jurídica, não terá rejeitado o direito como integridade: pelo contrário, ter-se-á unido a sua causa.<sup>46</sup>

Se um juiz aceita a justiça como integridade, deve verificar qual decisão a prejudica menos. Isso não quer dizer que os juízes devam se vincular aos precedentes, mas devem decidir de maneira que todos sejam julgados pelos mesmos parâmetros de justiça:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade...*, p. 130.

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 308.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 287.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 291.

Normalmente, a decisão deverá ser a que se melhor adapte ao sistema jurídico. Isso se torna claro quando o juiz decide com base em um precedente, pois, nesses casos, o juiz está apenas dando continuidade ao romance.<sup>48</sup> Dessa maneira, a decisão da Ministra Ellen Gracie rompeu com os precedentes, visto que, como será demonstrado abaixo, o direito fundamental à saúde é aplicado uniformemente pela jurisprudência nacional.

O direito como integridade de Dworkin não exige uma estrita observação aos precedentes. Dworkin analisa qual a força gravitacional de um precedente. Ele chega à conclusão que esta força gravitacional – de fazer com que os outros casos semelhantes ao precedente sejam resolvidos da mesma maneira – só existirá se o argumento do precedente for um argumento de princípio, e não quando for um argumento de política.

Dworkin afirma que se Hércules concluir que existe a força gravitacional do precedente, ele não deverá decidir de maneira diversa. Isso porque, “o direito pode não ser uma trama inconsútil, mas o demandante tem o direito de pedir a Hércules que o trate como se fosse.”<sup>49</sup> Assim, Hércules deverá

construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.<sup>50</sup>

Defende o autor que a decisão deverá ser coerente verticalmente, isto é, por princípios que fornecem a justificação das estâncias mais elevadas, e horizontalmente, por princípios que forneçam a justificação às decisões do mesmo nível. A ordenação vertical nos Estados Unidos seria: primeiro, a constituição; segundo, a Suprema Corte; terceiro, as leis promulgadas pelos órgãos legislativos; e quarto, as decisões dos demais tribunais. Essa ordenação vertical irá delimitar a atuação das esferas inferiores. Mas Hércules pode discordar da opinião sobre determinada norma e acreditar em outra justificação para uma questão. Essa opinião de Hércules terá um impacto na estrutura de justificativas dos demais tribunais.

Com efeito, a Ministra não precisaria decidir conforme a jurisprudência dominante, mas para isso, a sua decisão, que deve sempre ser baseada num

<sup>48</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade...*, p. 99-100.

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 182.

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...*, p. 182.

argumento de princípio, deve fornecer uma justificação que se integre melhor com o ordenamento jurídico; ou seja, deve fornecer uma melhor continuação para o romance que está sendo escrito. É o que será analisado a seguir.

## 1.2 Decisões anteriores e posteriores (à suspensão de tutela antecipada nº 91)

A jurisprudência brasileira é dominante no sentido de garantir o direito individual à saúde aos que necessitam de tratamento médico, urgente e de custo elevado para seus padrões financeiros, mas que não estão albergados pelas políticas públicas de saúde.

Desde muito, o Supremo Tribunal Federal já possuía uma jurisprudência marcante nesse sentido, conforme a decisão do Ministro Celso de Mello, julgada em janeiro do ano de 1997:

A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30). (...) Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76).<sup>51</sup>

Verifica-se que o caso, embora semelhante à suspensão de tutela antecipada nº 91 foi decidido de maneira muito diversa pela Ministra Ellen Gracie. O

<sup>51</sup> STF, PETMC n. 1.246/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 31.1.1997.

Ministro Celso de Mello decidiu por proteger o direito individual à saúde. Ao se eximir de proferir uma decisão fundada num argumento econômico ou político, o Ministro adotou uma postura principiológica, protegendo o direito individual à saúde e à vida<sup>52</sup>.

A posição do Ministro mostra-se coerente com a doutrina de Dworkin principalmente quando ele afirma que

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.<sup>53</sup>

Neste trecho, fica claro que o Ministro Celso de Mello “levou os direitos a sério” em sua decisão, pois admitiu que os princípios são imponderáveis e devem ser respeitados, não devendo o juiz decidir de maneira utilitarista, colocando o interesse coletivo acima dos direitos individuais.

O tema vem sendo decidido nos mesmos moldes pelos tribunais inferiores. Os Tribunais Regionais Federais também são notadamente favoráveis à imposição do Estado ao cumprimento dos princípios constitucionais, fundamentando suas decisões também com base em argumento de princípio.

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. - O dever do Estado relativamente à saúde, conquanto sendo político, de nenhum modo se acha entregue à decisão política, calcada em juízos de conveniência e oportunidade, porque, tanto quanto político, também é jurídico e obriga garantia constitucional. - Reconhecido o direito do agravado ao fornecimento dos medicamentos postulados, pelo tempo em que se fizerem necessários,

<sup>52</sup> Em decisão mais recente, o Ministro Celso de Mello manteve a sua postura ao impor ao Estado o dever de garantir o direito constitucional à saúde, visto que os princípios do ordenamento não podem deixar de serem cumpridos arbitrariamente nem pelo judiciário, nem pelo legislativo: “(...) DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. (...) DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. (...)” (STF, RE – AgR n. 399175/RS, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.12.2006, DJ de 02.02.2007).

<sup>53</sup> STF, PETMC n. 1.246/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 31.1.1997.

mantendo-se os efeitos da tutela antecipatória interpretada no sentido do pedido final e do dispositivo sentencial.<sup>54</sup>

Da mesma maneira que as decisões anteriores, as decisões posteriores à suspensão de tutela antecipada nº 91 se mantiveram no sentido de garantir o direito individual à saúde.

Em recente decisão, o STJ, tendo como relatora a Ministra Eliana Calmon, afirmou que o direito à vida e à saúde devem ser protegidos como bens máximos erigidos pela Constituição. Assim, independentemente das políticas públicas realizadas pelo Estado, o judiciário não poderia se manter inerte frente à uma violação aos princípios constitucionais.

(...) 4. Embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada<sup>55</sup>.

Mas apesar de pretender adotar uma postura principiológica, a decisão da Ministra Eliana Calmon confunde princípios com bens. Essa confusão distorce a importância que os princípios devem possuir dentro do ordenamento jurídico e principalmente seu caráter vinculante da decisão judicial. Diferentemente dos bens jurídicos, os princípios não podem ser ponderados, eles devem ser totalmente aplicados pelo juiz, conforme o conceito de direito como integridade. Embora tentasse proteger o direito individual à vida e à saúde, a Ministra o relega à posição de bens, retirando o seu caráter impositivo.

A decisão do Ministro Luiz Fux é mais coerente, pois afirma que o judiciário deve sempre se guiar pelos princípios e não por políticas, de maneira a não compactuar com as decisões dos órgãos democráticos que firam os direitos individuais.

(...) 8. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. (...) 9. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade

<sup>54</sup> TRF4, AG. 2005.04.10.34396-7/RS, rel. Des. Valdemar Capeletti, 4ºT, DJU de 26.07.2006.

<sup>55</sup> STJ, REsp n. 835.687/RS, rel. Min. Eliana Calmon, 2ªT., DJ de 17.12.2007.

da pessoa humana. 10. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados (...).<sup>56</sup>

Ao afirmar que a constituição exige efetividade, e que esta deverá ser realizada através de seus princípios, o Ministro mostra que não basta a elaboração de normas gerais e abstratas. A efetividade dos direitos apenas se inicia com o processo legislativo de criação de normas, necessitando, para se concluir, da atuação do judiciário na aplicação do direitos. Para esta aplicação, o judiciário deverá ter como base não somente as regras, mas especialmente os princípios, os quais deverão ser respeitados sempre, mesmo não existindo uma regra clara para o caso.

### 1.3 A importância do STF para a realização de direitos

Por compreender o direito como integridade, Dworkin acredita que o judiciário deve ser norteado pelos princípios (interpretados de maneira a melhor se adequar à integridade do direito). O judiciário deve “levar os direitos a sério” e decidir sempre com base em um argumento de princípio, mesmo que isso signifique contrariar uma decisão do executivo ou legislativo.

Dworkin coloca o judiciário em posição de grande importância para a eficácia dos direitos. Ao afirmar que a constante criação de regras gerais e abstratas pelo legislativo e executivo não é responsável pela solução da questão da efetividade do direito – mas tão apenas o início desse processo de efetivação -, Dworkin mostra que o judiciário não pode atuar como mero delegado do legislativo, pois a ele cabe à função de fazer a transposição do abstrato para o concreto, fazendo com que a regra abstrata seja aplicada de maneira individualizada<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> STJ, Resp n. 2006.00.674080/RS, 1ªT., rel. Min. Luiz Fux, j. em 08.05.2007, DJ de 31.05.2007

<sup>57</sup> CARVALHO, Jaqueline Grossi Fernandes. Entrevista com Menelick de Carvalho Netto..., p.10.

Embora o sistema jurídico constitucional brasileiro seja o de tradição romano-germânica, do direito escrito, desde a promulgação da Constituição de 1988, ganhou força a leitura principiológica do nosso direito constitucional, com isto, o judiciário tem ganhado força e sua posição como realizador dos direitos tem aumentado. Esse fato ocorre notadamente no Supremo Tribunal Federal, que por ter feições de corte constitucional, assumiu o papel de garantidor dos princípios constitucionais. Para muitas dessas concretizações de direitos ocorrerem, o judiciário precisou atuar de maneira mais incisiva, às vezes corrigindo a atividade dos demais órgãos, como o executivo e o legislativo.

Mas nosso constitucionalismo se mostra ainda em fase de adaptação entre as doutrinas jurídicas positivistas, que colocam as regras escritas no centro do ordenamento, e a abertura principiológica realizada pela Constituição de 1988. Tanto a doutrina como a jurisprudência se mostra confusa, como se mostra na análise anterior da decisão da Ministra Eliana Calmon. Ao mesmo tempo em que procuram respeitar a Constituição - que impõe a efetivação dos princípios – descumprem o sentido dado aos princípios pela mesma, pois esta coloca os princípios como direitos fundamentais, e não como bens, que podem ser ponderados de acordo com a sua conveniência.

Por força dessa necessária reorganização da teoria constitucional, frente à posição de fundamentalidade dada aos princípios pela Constituição, ao analisar casos onde o judiciário impõe uma decisão contrária ao posicionamento do legislativo ou do executivo, remete-se à tensão entre o constitucionalismo e a democracia. Questiona-se até que ponto o Supremo Tribunal Federal, ao proteger os princípios constitucionais, poderia tomar decisões políticas diferentes das decisões tomadas pelos órgãos legislativo e executivo.



## 2 Repercussões do ativismo judicial para o constitucionalismo e para a democracia

Dworkin confere um papel político ao judiciário ao associar a prática do direito à concretização intransigente dos direitos fundamentais. Para tanto, tal prática jurisprudencial deve ser realizada por meio da atividade crítica interpretativa dos aplicadores ao pautarem suas decisões em princípios, sobretudo, na igualdade, isto é, na premissa de que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração.

O direito há de ser coerente, vale dizer, não basta que uma decisão se coadune com uma regra específica se não for coerente com os princípios que fundamentam o sistema constitucional. Não deve o judiciário decidir casos de direitos fundamentais, apenas com base nas decisões dos outros poderes do Estado, visto que estes se utilizam de argumentos e conveniências políticas que variam com o tempo e com os interesses em questão. Nesse aspecto, Dworkin critica o passivismo jurídico, segundo o qual as decisões judiciais devem respeitar as decisões dos outros poderes do Estado, independente de sua coerência com o ordenamento, ignorando assim a dimensão moral do direito.

Não obstante, Dworkin critica o ativismo judicial que permite que o judiciário modifique as decisões dos demais poderes apenas baseado em argumentos de política. O judiciário só seria legítimo para alterar tais decisões quando fosse necessário proteger um direito individual. A constituição sempre deve ser aplicada por meio da interpretação, e não por um senso de justiça não fundamentado:

O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. (...) A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 452.



Dworkin faz uma análise dos modelos de interpretação constitucional ao mesmo tempo em que esclarece as bases na qual a sua própria teoria se encontra fundada.

## 2.2 A interpretação constitucional e o ativismo judicial

As correntes constitucionais propõem uma teoria para as soluções judiciais nos casos controversos por meio de um modelo de interpretação constitucional.

Dworkin denomina de *historicismo* a corrente que afirma que a constituição deve ser interpretada de acordo com a sua significação original. Entretanto, discorda de tal idéia, pois além do órgão que deu origem à constituição dificilmente ser representativo da coletividade da época, muito menos representativo seria para a atual sociedade. Afinal, a sociedade não é estática, ela se transforma com o tempo:

Seria tolice considerar as opiniões dos que primeiro votaram a Décima Quarta Emenda como um reflexo da moral pública dos Estados Unidos um século depois, quando a questão racial sofreu modificações em quase todos os seus aspectos. Seria também perverso; negaria à comunidade o poder de mudar seu senso público de finalidade, o que significa negar que ela possa ter quaisquer finalidades públicas.<sup>59</sup>

Para o autor o argumento de que deve haver uma estabilidade no ordenamento, e por isso deve-se sempre aplicar a constituição da mesma maneira não prospera. Existem casos em que a segurança jurídica é mais importante, pois a forma deve ser estabelecida, como é o caso das regras de trânsito. Já em outros casos - questões de princípios - a segurança jurídica fica em segundo plano face à importância da determinação da substância do direito.

Os chamados padrões vagos da constituição seriam aqueles em que esta não estipularia uma concepção de justiça para o caso. Assim, para os que adotam uma teoria do significado, essas cláusulas vagas poderiam ser limitadoras de direitos, na medida em que elas só poderiam representar os problemas existentes à época, limitando a concepção de justiça da constituição pela época de sua criação. Dworkin refuta essa teoria, pois, os padrões reproduziriam um conceito de justiça, isto é, um apelo à justiça, e não uma concepção de justiça.

---

<sup>59</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 437.

A constituição não definiria o que ela entende por justiça no caso concreto, apenas formularia um apelo a ela. Nos padrões vagos, não haveria uma resposta a uma concepção de justiça no caso concreto, haveria sim um apelo aos valores morais de igualdade, legalidade ou liberdade, por exemplo. Nesse aspecto as cláusulas não seriam vagas, pois elas não seriam tentativas incompletas de estabelecer concepções particulares, e sim apelos a conceitos morais. Desse modo, não só é desnecessário um maior detalhamento, como é coerente com a idéia de que a sociedade e suas concepções se modificam com o tempo, não sendo possível estagnar a constituição a uma determinada data.<sup>60</sup>

Para Dworkin, existem duas correntes constitucionais: a *moderação judicial*, segundo a qual os tribunais devem respeitar as decisões dos órgãos políticos, mesmo que estas firmem as suas definições de princípios, exceto quando essa violação for clara e absurda; e o *ativismo judicial*, que acredita no significado antes exposto das cláusulas vagas, e que os tribunais devem desenvolver o sentido de justiça no caso de uma cláusula vaga, por meio dos princípios.

A *moderação judicial* é dividida em outras duas correntes: *ceticismo político* e *deferência judicial*. O *ceticismo político* afirma que o indivíduo não tem direitos morais contra o Estado, mas tão apenas os direitos jurídicos que a constituição expressamente garanta. Para Dworkin, é fácil a refutação da existência de direitos morais se estes forem relacionados à idéia de serem juízos de certo ou errado sobre os atos do Estado. Ocorre que, os direitos morais não são estáticos juízos de verdadeiro ou falso, pois nossas concepções se transformam constantemente:

(...) os direitos podem variar em força e características de um caso para outro e de um momento a outro na história. Se pensarmos nos direitos como coisas, essas metamorfoses parecem estranhas, mas estamos acostumados à idéia de que os juízos morais sobre o que é certo ou errado são complexos e afetados por considerações que são relativas e mutáveis.<sup>61</sup>

Já a *deferência constitucional* acredita que os indivíduos tenham direitos morais, mas sua força é discutível apenas pelos órgãos políticos. Dessa maneira, as decisões judiciais deveriam respeitar as determinações dos poderes executivo e legislativo.

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 214.

<sup>61</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 218.

Assim, ambas as vertentes da moderação judicial não conferem um papel político ao judiciário. Para ambas o judiciário deve ser neutro em relação aos direitos morais, pois estes não existiriam (*ceticismo*), ou não seria possível a sua tutela judicial quando entrasse em conflito com as decisões de outros poderes.

Essa concepção de um judiciário neutro em relação à tutela dos direitos morais é oposta à teoria constitucional de Dworkin, que confere ao judiciário a obrigação de decidir (pautando-se num argumento de princípio) de maneira a proteger os direitos individuais sempre que estes forem violados no caso concreto por alguma política pública ou diretriz abstrata.

### 2.2.1 Interpretação e intenção

Muito corrente é a idéia de que a constituição e as leis em geral devem ser interpretadas de maneira a levar em consideração a intenção do legislador. Quanto a essa afirmação, os teóricos interpretativistas e os não interpretativistas pensam diferentemente.

Para a teoria interpretativista a revisão judicial sobre questões legislativas deve se basear estritamente na interpretação da constituição, analisando o texto através das intenções dos constituintes.

Já para a teoria não interpretativista a revisão judicial pode confrontar a legislação com outras fontes, que não só o texto constitucional, tais como a moralidade, as teorias de justiça e a idéia de democracia.

Entretanto, apesar de parecerem muito distintas, para Dworkin, ambas as doutrinas poderiam ser consideradas interpretativistas, pois mesmo a doutrina não interpretativista tenta fornecer uma interpretação da constituição, na medida em que não a analisa isoladamente, mas a integra com todo o ordenamento.

As teorias geralmente classificadas como 'não interpretativas' – as que nos parecem mais ativistas ou liberadas do texto efetivo da Constituição – são claramente interpretativistas em qualquer sentido plausível. Elas não desconsideram nem o texto da constituição nem os motivos dos que a fizeram; antes procuram colocá-los no contexto adequado<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de...*, p. 45.

Para Dworkin, a doutrina não interpretativista seria, curiosamente, mais interpretativista do que a sua oposição. Isso porque esta ignora a questão da finalidade da constituição, visto que, para responder a essa questão, é necessário integrar o texto constitucional com a moralidade política.

Outra questão é a fundamentalidade da constituição como lei. Ela seria incontestável apenas se for analisado o ordenamento como um todo. A simples análise do texto constitucional não explica essas questões, que são anteriores à própria constituição.

Na verdade, pode parecer que as teorias comumente chamadas de 'interpretativas' – as teorias que nos parecem mais presas ao texto da Constituição considerado isoladamente – têm mais probabilidade de revelar-se não interpretativas nesse sentido amplo. Pois parecem prestar bem pouca atenção a questões a respeito da 'finalidade' de se ter uma Constituição ou de por que a Constituição é a lei fundamental<sup>63</sup>

Mas apesar de ambas serem, ainda que de maneiras diferentes, interpretativas, elas chegam a conclusões diferentes quanto aos limites da revisão judicial. Para os interpretativistas, a interpretação deve ser feita por meio da descoberta da intenção do constituinte, mesmo admitindo as dificuldades para se alcançar esse objetivo.

A teoria não interpretativista, ao contrário, acredita que, ou essa intenção não existe, ou ela existe de maneira tão indeterminada que seria necessário um julgamento subjetivo do juiz para determiná-la – justamente o evitado pelos interpretativistas.

### 2.2.2 Hércules x Hermes

Hércules (juiz criado por Dworkin para explicar sua teoria, com capacidades sobre-humanas e que acredita no direito como integridade), ao interpretar uma lei, não adota o método clássico da *conversação habitual*, ou teoria da intenção legislativa, na qual para entendermos o significado de uma lei, perguntamos no que estava pensando o seu criador. Hércules adota a interpretação construtiva:

---

<sup>63</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de...*, p. 46.

O método de Hércules não leva em conta o importante princípio, firmemente enraizado em nossa prática jurídica, de que as leis devem ser interpretadas não de acordo com o que os juízes acreditam que iria torná-las melhores, mas de acordo com o que pretendiam os legisladores que realmente as adotaram.<sup>64</sup>

A interpretação construtiva de Hércules não leva em consideração as intenções individuais dos legisladores. Para Dworkin, a lei deveria ser interpretada para atender aos reclames da integridade do direito, visto que a integridade não é um simples somatório do querer de vários criadores do direito.

Para confrontar Hércules, Dworkin cria Hermes, um juiz que acredita tanto no direito como integridade, como na teoria da intenção legislativa. Ocorre que Dworkin expõe que a teoria da intenção legislativa já é de difícil aplicação desde o momento da determinação de quem seria a autoria de uma lei. Seriam os cidadãos que votaram e talvez tenham se mostrados indignados com determinada lei? Seriam os congressistas posteriores a sua promulgação que não vetaram a lei? Ou seriam os congressistas que votaram a lei? Nesse caso, como unir vontades diferentes dentro do Congresso? O que é ainda pior: como determinar essa vontade?

Assim, essas perguntas são tão incertas que só podem ser respondidas se Hermes criar uma teoria da intenção legislativa, ou seja, se tomar uma decisão política sobre a intenção do legislador.

A idéia com que começamos, de que os juízes podem tomar decisões constitucionais apolíticas ao descobrir e impor a intenção dos constituintes, é uma promessa que não pode ser cumprida. Pois os juízes não têm como descobrir essa intenção sem construir ou adotar uma concepção de intenção constitucional em vez de outra, isto é, sem tomar as decisões de moralidade política que tinham como objetivo evitar<sup>65</sup>

Por não ser possível respondê-las sem emitir uma decisão política, Hermes se depara com o fato de que não há como sair do paradigma da decisão política e acaba se voltando para a mesma solução de Hércules: para se chegar na melhor interpretação da lei, o juiz não deve analisar o histórico de cada legislador para chegar à sua intenção ao elaborar e votar na lei, mas sim o histórico da instituição.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 378.

<sup>65</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de...*, p. 77.

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 403.

Hércules, como não adota o método da intenção do locutor, não acredita que exista um único momento em que a lei nasce e adquira todo o seu significado. Para ele a lei será construída durante todo o tempo em que ela esteja em vigor. Para isso não pode ser analisada tão apenas a vontade do legislador original, mas deve ser igualmente analisada a vontade dos legisladores e tribunais anteriores, contemporâneos e posteriores a ele:

Hércules interpreta a história em movimento, porque o relato que ele deve tornar tão bom quanto possível, é o relato inteiro através de sua decisão e para além dela. Não emenda leis antiquadas para adaptar-se a novos tempos, como sugeriria a metafísica da intenção do locutor. Reconhece em que se transformaram as velhas leis desde então.<sup>67</sup>

O constitucionalismo de Dworkin é visto de acordo com uma postura crítico-construtiva. A constituição não adquire todo o seu significado num determinado momento, ela está em constante construção, por isso não basta que se encontre a intenção do legislador original. A constituição está a todo momento sendo reconstruída, por isso não basta o judiciário assumir uma postura política para encontrar a vontade do legislador original – primeiro porque essa vontade é de impossível determinação, segundo porque a constituição não adquiriu todo seu significado naquele momento, ele continua sendo contruído – a postura política deve ser no sentido de reconstruir o sentido dos princípios constitucionais, de forma coerente com o seu passado, presente e futuro, e decidir sempre de maneira a melhor adequá-lo.

### 2.3 A tensão entre a democracia e o constitucionalismo

A *deferência judicial* – que admite que os direitos morais sejam discutidos apenas pelos órgãos políticos – se fundamenta no argumento democrático, segundo o qual, as questões não regulamentadas devem ser decididas por instituições políticas, que possam ser responsabilizadas por suas decisões, o que exclui os tribunais, visto que os juízes, além de não poderem ser responsabilizados, são vitalícios e não são escolhidos pela maioria.

<sup>67</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 419.

Porém Dworkin afirma que esse significado de democracia não pode ser aceito sem prévio questionamento, apenas por ser um conceito histórico. “(...) o argumento derivado da democracia não é um argumento com o qual estejamos comprometidos, seja por nosso vocabulário, seja por nosso passado. Devemos aceitá-lo, quando muito, por força de sua própria lógica”<sup>68</sup>.

O autor critica uma democracia que seja meramente estatística, ou seja, apenas considere o interesse da maioria, ainda que fira os direitos individuais dos grupos minoritários. Dessa forma, afirma que a democracia constitucional - que apesar de respeitar os interesses da maioria não permite que os direitos das minorias sejam suprimidos - é legítima, pois evita que os grupos minoritários sejam excluídos do processo democrático por falta de oportunidades básicas para ingressarem no debate político.

O argumento democrático pode ser analisado sob dois pontos de vista: o respeito às decisões tomadas pelos órgãos políticos deve ser exigido, pois as decisões provenientes de órgãos políticos são mais bem fundadas que as decisões tomadas pelos tribunais; e que o respeito deve ser exigido por que é mais justo que um órgão democrático decida do que o tribunal.

Para Dworkin o segundo ponto de vista, está errado, pois o constitucionalismo prevê que os direitos da minoria devem ser respeitados em face da maioria. Ocorre que as decisões contra a maioria são julgadas justamente pela maioria. Então como seria mais justa uma decisão tomada de acordo com seus próprios interesses? Dessa maneira Dworkin afirma: “(...) esse ponto por certo solapa o argumento de que, por razões de equidade, deve-se permitir à maioria decidir sobre os limites de seu próprio poder.”<sup>69</sup>

Já pelo primeiro ponto de vista, Dworkin refuta a tese de que a prova da moralidade jurídica de um acordo é a sua durabilidade e que esta durabilidade iria comprovar a fundamentação de uma opção política. Segundo essa tese, a decisão deve produzir resultados socialmente desejáveis para poder se manter no tempo. Assim, como decisões radicais não são duráveis, as instituições deveriam se ajustar com o tempo.<sup>70</sup> Para Dworkin, os direitos não devem esperar que a sociedade se

---

<sup>68</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 222.

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 225.

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 228-230.

desenvolva culturalmente para que possam ser garantidos, pois a defesa dos direitos das minorias sempre acaba por impor restrições aos direitos da maioria, assim a proteção dos direitos da maioria nunca não seria confortável para a maioria. Então a imposição dos direitos individuais que deve impulsionar a sociedade para o seu desenvolvimento.

Mas os direitos contra o Estado são pretensões que, se aceitas, exigem que a sociedade se conforme com instituições que talvez não se ajustem a ela de maneira confortável. O cerne de uma pretensão de direito, mesmo na análise desmitologizada dos direitos que estou utilizando, é que um indivíduo tem direito a proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral. Sem dúvida, o conforto da maioria exigirá alguma adaptação por parte das minorias, mas apenas na medida necessária para a preservação da ordem. Essa adaptação costuma não incluir o reconhecimento dos direitos da minoria.<sup>71</sup>

Outra objeção à teoria da decisão de Dworkin sugere que, por existir a possibilidade dos juízes cometerem erros em seu raciocínio principiológico, eles deveriam decidir com base em argumentos políticos ou nem mesmo decidir. Dworkin contesta essa objeção:

Mas isso é perverso. A primeira alternativa argumenta que por desventura e com frequência os juízes tomarão decisões injustas, eles não devem esforçar-se para chegar a decisões justas. A segunda alternativa sustenta que, por serem falíveis, os juízes devem submeter a outros as questões de direito institucional colocadas pelos casos difíceis. Mas submetê-las a quem? Não há razão para atribuir a nenhum outro grupo específico uma maior capacidade de argumentação moral; ou, se houver uma razão, será preciso mudar o processo de seleção dos juízes, e não as técnicas de julgamento que eles são instados a usar. Assim, essa forma de ceticismo não configura, em si mesma, um argumento contra a técnica de decisão judicial de Hércules, ainda que sem dúvida sirva, a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade.<sup>72</sup>

A teoria da decisão de Dworkin admite que o juiz não é infalível, que os juízes irão tomar decisões erradas, mas isso não impede que o juiz tente sempre achar a melhor decisão para o caso, se baseando em argumentos de princípios de maneira a proteger os direitos individuais no caso concreto.<sup>73</sup>

Uma decisão que cumpra os direitos fundamentais constitucionais não pode ser reputada anti-democrática, pois o juiz não irá atuar como legislador, isto é,

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 230.

<sup>72</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 203.

<sup>73</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...*, p. 232.



não irá criar uma política pública e decidir pela maioria. Diferentemente ocorre com a decisão baseada em argumentos políticos, que representaria uma postura não democrática pelo juiz, pois neste caso o juiz estaria decidindo conforme a sua opinião sobre o interesse da maioria, mesmo não sendo legitimado para isso por ela.

### 3 O STF e a concretização dos princípios constitucionais: considerações finais

A adoção de argumentos de política por parte do judiciário ainda é muito freqüente numa sociedade como a brasileira, que possui recente história constitucional democrática. Por termos uma democracia débil, com ausência de debates públicos e poucas manifestações populares para reivindicar seus direitos, o judiciário é um grande fórum de debate. Ocorre que, este fórum, se torna usurpador de poderes do legislativo e do executivo no momento em que os julgadores decidem com base em argumentos de política.

Dentro do judiciário, são manifestados inúmeros argumentos morais e políticos que influenciam o juiz na sua decisão. Mas o juiz, ao interpretar esses argumentos, não pode tomar posição de legislador e decidir qual é o melhor interesse da maioria para o caso. Os argumentos políticos só são legítimos para os poderes executivo e legislativo, pois como representantes da maioria, podem decidir o que seria melhor para ela. Ao judiciário cabe aplicar coerentemente as normas – em uma acepção aberta, a qual compreende regras e princípios –, para isso, deve se fundamentar num argumento de princípio, isto é, deve garantir que na aplicação de uma norma ou política pública, nenhum princípio eleito pela constituição seja descumprido.

Essa responsabilidade do judiciário em proteger os direitos individuais nos casos concretos, muitas vezes é ignorada por nossa corte constitucional, que acaba por usurpar o papel do legislador e decidir o que seria melhor para a maioria no caso e não qual seria a melhor decisão para aquele caso específico, respeitando os princípios do igual respeito e consideração e da liberdade.

Essa adoção de argumentos políticos por nossa corte constitucional pode ser claramente exemplificada pela decisão da Ministra Ellen Gracie na suspensão de tutela antecipada nº 91. Em sua decisão, a Ministra ignora o direito individual ao medicamento, não protegendo o direito à vida e à saúde no caso, para adotar um argumento político. Filiando-se a um pragmatismo jurídico – segundo o qual os cidadãos não possuem direitos e assim os juízes devem decidir da maneira a melhor atender os interesses da coletividade – a Ministra decide que “a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um

todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas”<sup>74</sup>. Dessa maneira, o direito individual poderia ser sacrificado para atender a um interesse coletivo.

Sob outro ponto de vista, apesar da nossa Constituição de 1988 ser marcada por um forte caráter principiológico, nossa prática constitucional ainda confunde reiteradamente princípios com valores. É o que foi mostrado na decisão da Ministra Eliana Calmon, que ao garantir o direito à vida e à saúde, não os garante como princípios imponderáveis e de normatividade obrigatória. Para a Ministra o direito à vida e à saúde são vistos como “bens máximos”<sup>75</sup>, e como tais, em diferentes circunstâncias, poderiam ser sopesados frente a outros interesses.

A Constituição de 1988 trouxe, como resultado de um processo histórico de desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, uma tradução principiológica de seu conteúdo. Entretanto, o seu caráter principiológico foi traduzido num caráter valorativo, por meio da aderência pelo constitucionalismo brasileiro à doutrina de Robert Alexy<sup>76</sup>, na qual a constituição seria uma ordem concreta de valores. Segundo a teoria de Alexy, uma das diferenças entre princípios e regras é que, em casos de conflitos entre estas, deve-se aplicar integralmente a regra que mais se conforma ao caso, isso porque elas seriam definitivas, ou são aplicadas integralmente ou não são aplicadas; já no caso de conflitos entre princípios, eles poderiam ser ponderados, sendo permitido que, dependendo dos interesses relativos ao caso concreto, algum princípio seja aplicado parcialmente, pois possuem apenas uma exigência abstrata. Desta maneira, a Constituição admitiria, por meio de uma disputa argumentativa, que seus princípios – lidos como valores – fossem ponderados conforme os interesses em jogo no caso concreto<sup>77</sup>.

Dworkin admite uma interpretação construtiva da constituição. Na medida em que ela é criada por meio de um debate político, ela não pode ser lida como neutra do ponto de vista moral e político. A sua interpretação deve construí-la e

<sup>74</sup> STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007.

<sup>75</sup> STJ, REsp n. 835.687/RS, rel. Min. Eliana Calmon, 2ªT., DJ de 17.12.2007.

<sup>76</sup> Sobre o tema ver ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1997.

<sup>77</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. A Constituição brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 6, 2008.

reconstruí-la no tempo e no espaço, de maneira a sempre torná-la a melhor possível – isto é, de modo a sempre estar de acordo com os compromissos democráticos e republicanos que resultaram na sua elaboração.

Nos casos controversos – nos quais normalmente estarão envolvidos princípios – uma análise valorativa da constituição fere a democracia e carece de legitimidade, pois a ponderação dos interesses em questão é uma decisão a ser tomada pelos órgãos eleitos democraticamente. A esses órgãos, eleitos através desta tensão entre as diferentes esferas de poder que existem numa sociedade, cabe decidir de maneira a representar a maioria que o elegeu – ainda que devam estar comprometidos com os princípios.

A legitimidade e a autoridade do direito, ao contrário do positivismo jurídico de Hart, não nasce de uma norma fundamental amoral e apolítica, na qual a sua validade depende de aspectos formais de quem e como a elaborou, mas nasce da sua coerência com os compromissos públicos que os princípios representam.

O judiciário deve proteger os direitos fundamentais garantidos na constituição, valendo-se para decidir, de um argumento de princípio. Os princípios para Dworkin são normas assim como as regras, e da mesma maneira, devem ser aplicados integralmente, sendo incabível ao judiciário sopesar qual interesse deve prevalecer no caso concreto. Assim, segundo a teoria da resposta certa de Dworkin, o judiciário deve decidir da melhor maneira, analisando qual seria a decisão mais coerente possível frente ao sistema principiológico constitucional.

Dessa maneira, o papel do judiciário é de suma importância, pois ele é responsável, através de suas decisões, por reafirmar e reconstruir o significado da constituição toda vez que aplicá-la ao caso concreto.

Felizmente, no caso do fornecimento de medicamentos de alto custo à pessoas com baixo poder aquisitivo, no qual estão em jogo não só o direito à saúde, mas, na maioria dos casos, o direito à vida, a jurisprudência dominante tem sido no sentido de aplicar os princípios éticos-morais de maneira coerente com nosso sistema constitucional e nossa realidade social.

Sem entrar na questão do princípio constitucional à uma vida digna, nosso sistema de saúde não garante à grande parte da população nem mesmo o direito à vida (seja ela como for). Alguns medicamentos – o que, pela quantidade de demandas judiciais nessa área nos permite afirmar que não são poucos –, que seriam os únicos capazes de curar ou prolongar o tempo de vida em determinadas

doenças, não são acessíveis à população mais carente pelo nosso sistema de saúde pública.

Assim, a concessão de medicamentos de alto custo às pessoas com baixo poder aquisitivo se mostra uma decisão coerente com os princípios constitucionais, não somente com o direito à vida, mas com o direito à igualdade. Os cidadãos de uma sociedade merecem ser tratados com igual respeito e consideração pelos seus governantes. Dessa maneira, o judiciário não pode permitir que, num Estado de direito – que, segundo Dworkin, para ser considerado como tal deve garantir direitos morais a seus cidadãos –, a decisão da maioria possa ferir os direitos individuais à saúde e à vida da minoria – considerada não no aspecto quantitativo, mas por possuir menor poder político.

Nesse aspecto, a decisão do Ministro Celso de Mello, que pode ser considerada coerente com a nossa ordem principiológica, não protegeu um interesse coletivo (argumento de política), nem tratou o direito à vida como um valor, passível de ser ponderado caso a caso. O Ministro tomou a “decisão certa”, na medida em que, frente a um caso controverso como este, a melhor resposta será aquela que for mais coerente, de acordo com a moral, a política e o direito brasileiro:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.<sup>78</sup>

A maioria das decisões dos tribunais inferiores também seguem essa diretiva do Ministro Celso de Mello. O Desembargador Valdemar Capeletti, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, decidiu que o direito à vida é um princípio não sujeito a ponderação:

O dever do Estado relativamente à saúde, conquanto sendo político, de nenhum modo se acha entregue à decisão política, calcada em juízos de conveniência e oportunidade, porque, tanto quanto político, também é jurídico e obriga garantia constitucional.<sup>79</sup>

Entretanto é comum que se critique que a teoria de Dworkin não pode ser aplicada numa sociedade como a brasileira, na qual há tanta carência de direitos

<sup>78</sup> STF, PETMC n. 1.246/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 31.1.1997.

<sup>79</sup> TRF4, AG. 2005.04.10.34396-7/RS, rel. Des. Valdemar Capeletti, 4ªT, DJU de 26.07.2006

sociais quanto de direitos individuais. Entretanto, ainda que Dworkin tenha dado ênfase aos direitos individuais em suas obras, a sua leitura crítico-constructiva não é válida apenas para a interpretação de normas, mas é uma atitude própria do conhecimento humano. Ao tentar compreender algo, nunca assimilamos o seu exato conteúdo – podemos até dizer que não existe tal exato e totalmente delineado conteúdo –, pois ao compreendermos um determinado significado, automaticamente o criticamos e o reconstruímos para que tenha mais coerência com nossa atual realidade e nossas experiências, tanto pessoais, quanto coletivas.

Nessa perspectiva podemos afirmar que o pensamento de Dworkin não é fechado, pode ser conformado da melhor maneira para obter-se uma maior coerência com a sociedade em que será aplicado. Podemos notar isso quando Dworkin ressalta que o modelo por ele proposto é o que mais se adapta à prática constitucional americana, mas que outras soluções podem ser possíveis em outros modelos constitucionais:

Tenho argumentado contra o historicismo e o passivismo enquanto interpretações gerais da prática constitucional norte-americana. Não afirmei que cada nação deve ter uma constituição escrita com disposições abstratas sobre os direitos individuais, ou que cada uma dessas constituições deve ser interpretada por um tribunal cujos membros são escolhidos do mesmo modo que são indicados os juizes da Suprema Corte. Muitos outros arranjos são possíveis além desses que hoje permeiam a prática jurídica norte-americana, e alguns podem ser muito melhores do ponto de vista da teoria ideal.<sup>80</sup>

Talvez na sociedade americana, na qual a cultura política é muito forte e os direitos são amplamente debatidos, seja mais importante frisar a necessidade de garantia dos direitos individuais de minorias que não puderam participar desses debates – como é o caso, por exemplo, dos negros e dos latino-americanos – do que direitos sociais, os quais já possuem um grau maior de concretização em comparação com países sub-desenvolvidos. Nesse aspecto, a idéia de princípio em Dworkin não abrange apenas os direitos individuais, estes são apenas ressaltados, tendo em vista o momento histórico e cultural da sociedade em que se encontra inserido.

No Brasil, fica claro que é tão importante falar de direitos individuais como de direitos sociais. É, justamente isso que postula nossa Constituição, conferindo

---

<sup>80</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, p. 452.

inegável caráter principiológico a ambos, pois os coloca na mesma posição de direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1997.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995.

\_\_\_\_\_. A dimensão jurídico – ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

\_\_\_\_\_. A Constituição brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 6, 2008.

\_\_\_\_\_, Vera Karam de. *Before the law: philosophie and literature*. Michigan: Proquest, UMI, 2006.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 1991.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2ªed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 148.

KOZICKI, KÁTIA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

CARVALHO, Jaqueline Grossi Fernandes. Entrevista com Menelick de Carvalho Netto. *Revista do Tribunal de Contas – MG*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas/MG, v. 65, n. 4, out/dez. 2007.

**ANEXO****STA 91 / AL - ALAGOAS****SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA****Relator(a)**

Min. PRESIDENTE

**Presidente**

Min. ELLEN GRACIE

**Partes**

REQTE.(S): ESTADO DE ALAGOAS ADV.(A/S): PGE-AL - GERMANA GALVÃO  
CAVALCANTI LAUREANO REQDO.(A/S): PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS (AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE  
SUSPENSÃO DE EFETIVAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Nº  
2006.002444-8) INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

**Julgamento**

26/02/2007

**Publicação**

DJ 05/03/2007 PP-00023

**Despacho**

1. O Estado do de Alagoas, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92 e no art. 1.º da Lei 9.494/97, requer a suspensão da execução da tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7 (fls. 27/47), que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados (fls. 23/26) . O requerente sustenta, em síntese: a) cabimento do presente pedido de suspensão, visto que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada ajuizada perante aquela Corte estadual (fls. 88/94), negando seguimento ao agravo regimental intempestivamente interposto (fls. 110/112) e, posteriormente, ao próprio pedido de reconsideração (fls. 116/118); b) ocorrência de grave lesão à economia pública, porquanto a liminar impugnada é genérica ao determinar que o Estado forneça todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e pacientes renais crônicos, impondo-lhe a entrega de "(...) medicamentos cujo fornecimento não compete ao

Estado dentro do sistema que regulamenta o serviço, (...)" (fl. 08). Nesse contexto, ressalta que ao Estado de Alagoas compete o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, em conformidade com a Lei n.º 8.080/90 e pela Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. c) existência de grave lesão à ordem pública, vista aqui no âmbito da ordem jurídico-administrativa, porquanto o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação do Poder Público, o que compromete o adequado cumprimento do Programa de fornecimento de medicamentos excepcionais. 2. O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Barros Monteiro, ao afirmar que a causa de pedir, na ação ordinária, ostenta índole constitucional, porque envolve a interpretação e aplicação dos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição Federal negou seguimento ao pedido e determinou o envio dos presentes autos ao Supremo Tribunal Federal (fls. 121/122). 3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo deferimento do pedido (fls. 128/134). 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 5. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art.

196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)" (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente 1

### Legislação

LEG-FED	CF	ANO-1988	ART-00023	INC-00002	ART-00196
ART-00198	INC-00001	*****	CF-1988	CONSTITUIÇÃO FEDERAL	LEG-FED
LEI-008038	ANO-1990	ART-00025	LEI ORDINÁRIA	LEG-FED	
LEI-008080	ANO-1990	LEI ORDINÁRIA	LEG-FED	LEI-008437	ANO-
1992	ART-00004	LEI ORDINÁRIA	LEG-FED	LEI-009494	ANO-
1997	ART-00001	LEI ORDINÁRIA	LEG-FED	PRT-001318	ANO-
2002	PORTARIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE - MS	LEG-FED	RGI	ANO-	

1980                    ART-00297                    \*\*\*\*\* RISTF-1980 REGIMENTO INTERNO DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL